Die Anwendung der §§ 765 ff. BGB. auf die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft.

INAUGURAL-DISSERTATION

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

EBERHARD LORENZ
Gerichtsreferendar
aus Nürnberg.

Approbiert am 27. Juni 1938.

1 9 3 8

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0134

INHALTSÜBERSICHT

A. Zweck und Wesen der Bürgschaft 1

B. Die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft 2

§ 1. Erwähnung in älteren Rechten 2

§ 2. Die Nachbürgschaft 3

§ 3. Die Rückbürgschaft 4

§ 4. Die Schadlos- oder Ausfallbürgschaft 4

I. Inhalt.

II. Schadlosbürgschaft — Garantievertrag.

III. Das Verhältnis des Schadlosbürgen zum Gläubiger.

C. Die Anwendung der §§ 765 ff. BGB. auf die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft 7

§ 5. Die Schriftform, § 766 7

§ 6. Die Einwendungen und Einreden, § 768 8

I. Bei der Nachbürgschaft.

II. Bei der Rückbürgschaft.

III. Bei der Schadlosbürgschaft, besonders die Einrede der Vorausklage und des Erlasses.

§ 7. Der Ausschluß der Einrede der Vorausklage gemäß § 773 12

I. Bei der Nach- und Rückbürgschaft.

II. Bei der Schadlosbürgschaft.

§ 8. Der Ausschluß der Einrede der Vorausklage gemäß § 349 HGB. und § 194 KO. 17

§ 9. Der Forderungsübergang nach Leistung des Bürgen, § 774 . 19

I. Bei der Nachbürgschaft:

1. Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Nachbürgen;
2. Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und Vorbürgen auf den Nachbürgen;
3. Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Vorbürgen auf den Nachbürgen;
4. Anspruch des Vorbürgen nach Regreßleistung.

II. Bei der Rückbürgschaft:

1. Leistung des Rückbürgen an den Bürgen;
2. Leistung des Rückbürgen an den Gläubiger.

III. Bei der Schadlosbürgschaft.

§ 10. Beendigung der Bürgschaften 28

1. durch Erlöschen der Hauptschuld;
2. durch Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld in einer Person;
3. durch Zeitablauf und Kündigung;
4. durch Aufgabe von Sicherheiten durch den Gläubiger, § 776.

§ 11. Schlußbemerkung 30

LITERATUR-VERZEICHNIS

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis oder Baierisches Landrecht, 9. Aufl., 1821.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 7/8. Aufl. 1924.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band 1902.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band II, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens, 1/2. Aufl. 1899.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, IV. Band, 3. Aufl. 1932.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 8. Aufl. 1903.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, Allgem. Teil, 13. Bearbeitung, 1931.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung, 1930.
von Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, III. Band, Schuldrecht, 1917.
Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, II. Band, 6/7. Aufl. 1936.
Mommsen: Corpus iuris civilis, Band I, 1895.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Amtliche Ausgabe).
Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, II. Band, Handelsgeschäfte, 1931.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Band II 1, 5. Aufl. 1928.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Band II 1 1924, Band II 2 1928.
Rehbein und Reincke: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 5. Aufl., 1894.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, 8. Aufl., 1934.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Band, 14. Aufl., 1933 (Staub-Gadow).
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1929/1930.
Wengler-Brachmann: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, I. Band, 1878.
Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt, 1908.

Rechtsprechung.

Gruch.: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 51.
HHR.: Höchstrichterliche Rechtsprechung, Jahrg. 1929.
JW.: Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1929.
LZ.: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, Jahrg. 1912, 1916.
Recht: Soergel, Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, Jahrg. 1919.
RGZ.: Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 60, 69, 72, 73, 75, 76, 78, 83, 87, 89, 90, 92, 93, 97, 102, 106, 107, 116, 146.
Seuff. A.: Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten, Band 61, 72.
Warn.: Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Jahrg. 1919, 1934.
Warn. E.: Ergänzungsband, Jahrg. 1909, 1913, 1916.
Bayer .Z.: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Jahrg. 1932.

A. ZWECK UND WESEN DER BÜRGSCHAFT.

Unter den vielen Arten von Sicherheitsleistungen, die das deutsche Recht und seine Rechtsprechung kennt, nimmt die Bürgschaft auf Grund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung eine besondere Stellung ein, wenn sich auch nicht bestreiten läßt, daß diese Art der Sicherheitsleistung neben der Verpfändung von beweglichen Sachen, der dinglichen Sicherung und der Hinterlegung von Geld und Wertpapieren in vielen Fällen eine schwächere ist und deshalb vom Gesetz entweder an letzte Stelle gesetzt[1]) oder überhaupt nicht zugelassen ist[2]). Während z. B. bei der Verpfändung der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen, erhält er bei der Bürgschaft einen zweiten Schuldner, an den er sich halten kann, wenn er beim Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangt. Die Bürgschaft erreicht demnach ihren Zweck, den Gläubiger gegen die Gefahren der Kreditgewährung zu sichern, nur durch eine Verdoppelung der persönlichen Haftung[3]), eine Sicherheit, die naturgemäß viel geringer sein kann, als der durch Pfandrecht gewährte Realkredit. Und doch hat sich die Bürgschaft im Wirtschaftsleben eine beachtliche Stellung errungen, da sie oft die einzige Möglichkeit der Sicherung eines Kreditgebers ist, sei es, daß die ürigen Mittel der Sicherheitsleistung nicht vorhanden, sei es, daß sie schon aufgebraucht sind.

Das Wesen der Bürgschaft besteht in dem Einstehen für die Erfüllung der Schuldverbindlichkeiten eines Dritten gegenüber dem Gläubiger des Dritten. Der Gläubiger verpflichtet sich demnach gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, die von letzterem geschuldete Leistung zu vollbringen, falls sie vom Hauptschuldner nicht zu erlangen ist. Er will insoweit neben dem Hauptschuldner beim Eintreten gewisser Voraussetzungen persönlicher Schuldner sein, aber nur derart, daß das Bestehen und der Umfang seiner Schuld dem der Hauptschuld entspricht. Eine von dem Bestehen und dem Umfang der Hauptschuld unabhängige Haftung will der Bürge nicht übernehmen, dies würde vielmehr eine Garantie-Übernahme darstellen, deren Wesen und Unterschied zur Bürgschaft später zu erörtern sein wird.

---

1) § 232, Abs. 2 BGB.
2) § 273, Abs. 2 Satz 2, 1218 Abs. 1 BGB.
3) Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 8. Aufl. 1903, § 189, Abs. 1.

B. DIE NACH-, RÜCK- UND SCHADLOSBÜRGSCHAFT.

Neben der Bürgschaft, die in den §§ 765 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt ist, haben sich, aus wirtschaftlicher Notwendigkeit heraus, eine Reihe von Unterarten entwickelt, unter anderem die Nachbürgschaft, die Rückbürgschaft und die Schadlos- oder Ausfallbürgschaft, die in folgendem, soweit es sich um den geltenden Rechtszustand handelt, Gegenstand der Untersuchung hinsichtlich ihrer rechtlichen Gleichheiten und Unterschiede gegenüber der Bürgschaft und untereinander sein sollen.

§ 1. Die Erwähnung in älteren Rechten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt diese drei Arten von Bürgschaften nicht, obwohl sie bereits in früheren Rechten zum Ausdruck gekommen sind.

So enthalten schon die Digesten des römischen Rechts Rechtssätze über diese Unterarten, wobei die Nachbürgschaft unter dem Namen „fideiussio fideiussionis“ [4]) und die Schadlosbürgschaft als „fideiussio indemnitatis“ [5]) bekannt sind. Für die Rückbürschaft [6]) hatten die Römer keine besondere Bezeichnung, sondern stellten nur den Rechtssatz auf, daß auch für den etwaigen Regreßanspruch des Bürgen eine Bürgschaft übernommen werden könne.

Diese Rechtssätze haben sich bis in die Zeit des gemeinen Rechts erhalten und sind auch noch in den einzelnen Landrechten zu finden. So kennt das Preußische Allgemeine Landrecht die Nach- und die Rückbürgschaft [7]), das Baierische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) die Rück- und Schadlosbürgschaft [8]) und das

---

4) D. de fideiussoribus et mandatoribus 46, 1, 1. 8. § 12, Ulpianus libro 47 ad Sabinum: Pro fideiussore fideiussorem accipi nequaquam dubium est.

5) Papianus D. d. verb. obl. 45, 1, 1. 116: Idem libro quarto quaestionum. Decem stipulatus a Titio postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit.

6) Ulpianus D. de fideiussoribus et mandatoribus 46, 1, C 4, pr., libro 45 ad Sabinum: Potest accipi fideiussor eius actionis, quam habiturus sum adversus eum, pro quo fideiussi, vel mandati vel negotiorum gestorum.

7) Pr. ALR. Tl. I. Tit. 14 § 201: Wer sich solchergestalt für einen anderen verpflichtet, wird Bürge; und derjenige, welcher sich zur Schadloshaltung des Bürgen anheischig macht, wird Rückbürge genannt.

§ 376: Wer für einen unfähigen Bürgen gegen den Gläubiger sich verpflichtet, der haftet letzterem als Hauptbürge.

8) Baierisches Landrecht Tl. IV Cap. X § 19: Rückbürge oder Profideiussor muß mit dem Confideiussor nicht vermischt werden, und dient nicht soviel zur Sicherheit des Creditors, als des ersten Bürgen, damit sich dieser allenfalls, wenn er bezahlen muß, wiederum an ihm regressieren kann.

§ 20: Fideiussor Indemnitatis wird zwar von den Rechtsgelehrten unterschiedlich beschrieben, und öfters auch mit verstandenem Rückbürgen confundiert; man versteht aber allhier keinen anderen darunter als jenen, der sich nur auf den Fall, wenn Creditor von dem Hauptschuldner das Seinige nicht haben kann, zur Schadloshaltung verbindet, . . .

Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch[9]) sämtliche drei Unterarten der Bürgschaft.

Die in diesen Rechten über die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft enthaltenen Sätze weichen jedoch in keiner Weise von den Normen der gewöhnlichen Bürgschaft ab, sondern enthalten zumeist nur Definitionen und Verweisungen auf die Normen über die Bürgschaft, sodaß aus diesem Grunde von einer besonderen Erwähnung dieser Unterarten der Bürgschaft im BGB. abgesehen wurde[10]).

§ 2. Die Nachbürgschaft.

Der Nachbürge[11]) ist neben dem Vorbürgen zweiter Bürge, aber nicht Mitbürge. Er hat sich dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, dafür einzustehen, daß der Vorbürge seine im Bürgschaftsvertrag übernommene Verpflichtung erfüllen wird. Die Nachbürgschaft dient somit nicht zur Sicherung des dem Gläubiger aus dem Hauptschuldverhältnis zustehenden Anspruchs, sondern zur Sicherung der Vorbürgschaftsforderung. Unmittelbare Grundlage für die Nachbürgschaft ist demnach die Verpflichtung des Vorbürgen, der für den Nachbürgen als Hauptschuldner anzusehen ist[12]).

Das Reichsgericht erklärt zwar in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 1913[13]), Hauptschuldner sei der Dritte, dessen Schuld durch die Bürgschaft des Vor- und Nachbürgen gesichert werden soll, nicht der Vorbürge, doch kann dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden. Wollte man als richtig unterstellen, daß auch die Nachbürgschaft unmittelbar zur Sicherung der Hauptschuld dienen soll, dann wäre der Nachbürge Mitbürge und könnte neben dem Vorbürgen als Gesamtschuldner (§ 769 BGB.) in Anspruch genommen werden. Dieser Auslegung steht aber der klare Wille des Nachbürgen entgegen: Der Nachbürge will nur für die Erfüllung der Vorbürgschaftsverpflichtung einstehen; er erscheint insoweit als

---

9) § 1450: Wer sich verpflichtet, einem Gläubiger für die von einem Bürgen übernommene Bürgschaftsschuld als Bürge einzustehen, ist Nachbürge.

§ 1451: Wer sich für den Fall, daß ein Bürge aus der Bürgschaft zu zahlen hat, dem Bürgen zur Sicherheit des ihm zu leistenden Ersatzes verbürgt, ist Rückbürge.

§ 1452: Wer sich dem Gläubiger gegenüber nur für den Betrag verpflichtet, welchen dieser bei seinem Schuldner einbüßt, ist Schadlosbürge.

10) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Amtliche Ausgabe) Band II S. 672 und 676.

11) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. III/3 zu § 765, Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Recht der Schuldverhältnisse, § 765 Anm. 9 a.

12) Reichsgerichtsrätekommentar § 771 Anm. 1.

13) RGZ. 83/343.

gewöhnlicher Bürge für die Vorbürgschaftsverpflichtung, nicht für die Hauptschuld [14]).

Daß naturgemäß das Hauptschuldverhältnis und dessen rechtliche Auswirkungen nicht ohne Bedeutung für die Nachbürgschaft sein können, ist bei dem engen Zusammenhang dieser Rechtsverhältnisse ohne weiteres verständlich; die diesbezüglichen Zusammenhänge sind jedoch erst später zu erörtern.

§ 3. Die Rückbürgschaft.

Die Rückbürgschaft dient zur Sicherung des Regreßanspruches des Bürgen gegen den Hauptschuldner. Der Rückbürge verpflichtet sich dem Bürgen gegenüber, dafür einzustehen, daß der Hauptschuldner für den Fall der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger dessen Regreßanspruch, gleichgültig, auf welcher gesetzlichen Grundlage dieser beruht, befriedigt. Das der Rückbürgschaft zugrunde liegende Hauptschuldverhältnis ist demnach nicht das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, sondern das erst mit der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger entstehende Regreßschuldverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner; irgendwelche Beziehungen zwischen dem Gläubiger des Hauptschuldverhältnisses und dem Rückbürgen bestehen nicht.

Der Ansicht des Reichsgerichtsräte-Kommentars, daß „sich die Rückbürgschaftsverpflichtung auf die Bürgschaftsverpflichtung des Hauptbürgen gegen den Hauptgläubiger als ihrer Hauptverbindlichkeit beziehe“ [15]), kann nicht beigetreten werden. Der Rückbürge will nicht dafür einstehen, daß der Bürge seine Leistung erfülle, sondern seine Verpflichtung soll dem Bürgen als Sicherheit dienen, daß der Hauptschuldner seiner Regreßpflicht genüge. Der Rückbürge steht also nicht wie der Nachbürge für die Vorbürgschaftsverpflichtung ein, sondern für die Regreßverpflichtung des Hauptschuldners und mit diesem Regreßschuldverhältnis steht und fällt die Rückbürgschaftsverpflichtung.

Die Rückbürgschaft ist das typische Beispiel einer Bürgschaft für eine zukünftige Verbindlichkeit (§ 765, Abs. 2 BGB.); denn der Rückbürge übernimmt die Verpflichtung für die Erfüllung einer Verbindlichkeit — der Regreßforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner —, die erst entsteht, wenn der Bürge durch den Gläubiger für die Erfüllung der Hauptschuldverbindlichkeit in Anspruch genommen ist und seine Bürgschaftsverpflichtung erfüllt hat.

§ 4. Die Schadlos- oder Ausfallbürgschaft.

I. Inhalt.

Bei der Schadlos- oder Ausfallbürgschaft ist zwischen dem Gläubiger und dem Schadlosbürgen eine vertragliche Einschränkung

14) Mot. II, a.a.O. S. 672; von Gierke Deutsches Privatrecht, III. Band, Schuldrecht, § 206 III Anm. 39.

15) RGRK. a.a.O. § 774, Anm. 5 b.

seiner Haftung von vornherein dahingehend vereinbart, daß der Schadlosbürge nur für den Ausfall haften will, den der Gläubiger an seiner Forderung gegen den Hauptschuldner unter Umständen erleiden wird.

Es ist somit bei Übernahme der Schadlosbürgschaft in keiner Weise bestimmt, ob gegen den Schadlosbürgen jemals und dann, in welcher Höhe, eine Bürgschaftsforderung entstehen wird.

Diese Schadlosbürgschaft ist eine echte Bürgschaft. Entgegen dieser nunmehr herrschenden Ansicht wird hauptsächlich von Cosack [16]) die Rechtsnatur der Schadlosbürgschaft als echter Bürgschaft verneint. Cosack sieht in der Übernahme der Haftung für den Ausfall einer Forderung den Abschluß eines Garantievertrages. Dies mag in einzelnen Fällen richtig sein und Verwechslungen durch Falschbezeichnungen von Seiten der Parteien können auftreten. Es wird jedoch im Einzelfall auf die genaue Erforschung des Parteiwillens anzukommen haben, um festzustellen, ob das eine oder das andere vorliegt [17]).

II. Schadlosbürgschaft — Garantievertrag.

Eine Gegenüberstellung von Schadlosbürgschaft und Garantievertrag soll den rechtlich äußerst bedeutungsvollen Unterschied klarmachen.

Der Garantieübernehmer will nicht für eine besondere Einzelschuld des Hauptschuldners einstehen, sondern er will dem Schuldner bei einer umfangreicheren geschäftlichen Aktion, z. B. Finanzierung einer notwendigen Geschäftserweiterung oder Sanierung eines Unternehmens, dadurch von Nutzen sein, daß er einem Kreditgeber gegenüber die volle Haftung dafür übernimmt, daß dieser aus der Kreditgewährung keinen Schaden erleidet. Gegenstand des Garandievertrages ist „die sachliche Haftung für einen bestimmten Erfolg oder auch für ein bestimmtes Verhalten des Schuldners, die Übernahme einer Gefahr oder eines Schadens, die dem Gläubiger aus dem Rechtsverhältnis mit einem Dritten erwachsen können oder noch bevorstehen müssen“ [18]). Der Garantieübernehmer stellt sich damit selbständig neben den Hauptschuldner, sodaß der Gläubiger zwei voneinander unabhängige Forderungen hat, die eine gegen den Hauptschuldner, die andere gegen den Garantieübernehmer. Diese beiden Forderungen können nebeneinander geltend gemacht werden, ohne daß der Garantieübernehmer etwaige Einwendungen oder Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis so wie ein Bürge vorbringen könnte. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Hauptschuld ist für den Bestand der Garantieschuld ohne Belang, sie ist nicht

16) Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, § 222 Abs. 3.
17) Warn. E. 1909 Nr. 87.
18) RGRK. a.a.O. Vorbem. zu § 765, Anm. 6 b, Warn. E. 1913 Nr. 9.

akzessorisch [19]). Auch geht das Recht aus dem Garantievertrag im Falle der Einzelrechtsnachfolge nicht kraft Gesetzes, sondern nur durch besondere vertragliche Vereinbarung auf den neuen Gläubiger über [20]).

Eine derartige Art der Haftung ist vom Schadlosbürgen als echtem Bürgen nicht gewollt. Der Schadlosbürge will nur dafür einstehen, daß der Gläubiger keinen Ausfall an einer bestimmten Forderung erleidet, ohne neben der Hauptschuld eine unabhängige Verpflichtung übernehmen zu wollen. Eine Haftung kommt nicht mehr in Frage, wenn auch die Hauptschuld nicht mehr besteht; denn dann kann auch kein Ausfall mehr festgestellt werden.

Es wäre nicht einzusehen, warum beim Vorliegen eines derartigen Parteiwillens die Vorschriften der §§ 765 ff. BGB. nicht auch auf die Schadlosbürgschaft Anwendung finden sollten. Nach herrschender Ansicht [21]) ist daher auch die Schadlosbürgschaft eine echte Bürgschaft.

III. Das Verhältnis des Schadlosbürgen zum Gläubiger.

Im Hinblick auf die vertragliche Einschränkung der Haftung ist die Stellung des Schadlosbürgen zum Gläubiger eine ganz andere wie die des gewöhnlichen Bürgen.

Will der Gläubiger den gewöhnlichen Bürgen in Anspruch nehmen, dann hat er darzutun, daß er eine fällige Forderung gegen den Hauptschuldner hat, für deren Erfüllung einzustehen sich der Bürge verpflichtet hat. Diesem Verlangen kann dann der Bürge seine Einwendungen und Einreden entgegenhalten. Will jedoch der Gläubiger den Schadlosbürgen in Anspruch nehmen, so muß er dartun, daß er aus der Forderung gegen den Hauptschuldner einen Ausfall erlitten hat, für den sich der Schadlosbürge verbürgt hat. Dieser Ausfallsnachweis ist, abgesehen von den Fällen, in denen vertraglich eine Erleichterung des Ausfallnachweises vereinbart ist [22]), meist sehr schwierig. Der Gläubiger muß im Regelfall schlüssig darlegen und unter Umständen auch beweisen, daß er alles versucht habe, um von dem Hauptschuldner Befriedigung seiner Forderung zu erlangen. Dazu gehört nicht allein, daß er gemäß § 772 BGB. die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Schuldners erfolglos betrieben hat, vielmehr muß er sich auch an das unbewegliche Vermögen halten, unter Umständen sogar den Ausgang eines Konkursverfahrens abwarten; darüber unter § 7, Abs. 2.

---

19) RGZ. 72/140.
20) RGZ. 60/371; Warn. E. 1916 Nr. 130.
21) Planck a.a.O. Vorbem. III/5 zu § 765; RGZ. 69/241.
22) RG. in LZ. 1916 Nr. 805.

Bei dem Vorgehen gegen den Hauptschuldner darf sich der Gläubiger jedoch nicht von dem Gedanken leiten lassen, er brauche um einen Ausfall nicht besorgt zu sein, da ihm durch die Schadlosbürgschaft genügend Sicherheit geboten sei. Es geht nicht an, daß der Gläubiger in diesem Fall auf Kosten des Schadlosbürgen, der seine Haftung besonders eingeschränkt hat, sündigt. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auf alle Rechtsverhältnisse Anwendung findet, ist auch dem Gläubiger aus einem Bürgschaftsverhältnis, das ihm im allgemeinen nur Rechte verleiht, zur Pflicht gemacht, die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner mit der nötigen Sorgfalt und Energie zu betreiben. Tut er dies nicht, so „kann hierin dem Bürgen gegenüber nach Umständen sogar ein arglistiges, für den Regelfall aber wenigstens ein vertragswidriges Verhalten des Gläubigers gefunden werden“ [23]).

Die Stellung des Schadlosbürgen in seinem Verhältnis zum Gläubiger ist demnach eine weit günstigere, als die des gewöhnlichen Bürgen, wobei jedoch nicht außer Acht gelassen werden darf, daß der Schadlosbürge im Falle seiner Inanspruchnahme wohl kaum jemals Befriedigung vom Hauptschuldner erlangen kann, da eben schon der Gläuibger sämtliche Befriedigungsmöglichkeiten erschöpft hat.

C. DIE ANWENDUNG DER §§ 765 ff. BGB. AUF DIE NACH-, RÜCK- UND SCHADLOSBÜRGSCHAFT.

Das BGB. erwähnt aus den bereits angeführten Gründen die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft nicht. Da aber diese Unterarten der Bürgschaft in Literatur und Rechtsprechung nach herrschender Ansicht als Bürgschaften anerkannt sind, so sind auch die die Bürgschaft betreffenden Vorschriften der §§ 765 ff. BGB. anzuwenden, wenn sich auch infolge der Eigenarten dieser Bürgschaften einige Besonderheiten in der Anwendung des Gesetzes ergeben.

§ 5. Die Schriftform, § 766.

Wie die gewöhnliche Bürgschaft, so werden auch die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft durch die Verpflichtung der Bürgen gegenüber dem Gläubiger des der jeweiligen Bürgschaft zugrunde liegenden Hauptschuldverhältnisses begründet. Dieses Bürgschaftsversprechen muß daher ebenfalls gemäß § 766 BGB. schriftlich sein, um Gültigkeit zu erlangen, soweit nicht der Bürge Vollkaufmann und die Bürgschaftserklärung auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, §§ 350, 351, 343 Abs. 1 HGB. Es ist dabei erforderlich,

23) RGZ. 87/327.

daß sämtliche die besondere Bürgschaftsart betreffenden Abreden in die Bürgschaftsurkunde aufgenommen werden; denn die Verpflichtung erstreckt sich nur auf das, was in der Unkunde selbst enthalten ist, und nur ausnahmsweise auf das, was ohne Rechtsirrtum nach der Art der Abfassung der Verpflichtungserklärung als Wille des Bürgen angenommen werden kann[24]).

§ 6. Die Einwendungen und Einreden, § 768.

Wird der Bürge auf Grund seiner Bürgschaftsverpflichtung durch den Gläubiger in Anspruch genommen, so stehen ihm, wie bei jedem Rechtsverhältnis, die Einwendungen und Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag an sich und sonstige aus eigener Person, z. B. Nichtigkeit der Bürgschaftsverpflichtung, Aufrechnung usw., zu. Daneben kann er aber auch gemäß § 768 BGB. alle Einreden des Hauptschuldners geltend machen, also auch die Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis an sich und die aus eigener Person des Hauptschuldners. Dies ist anerkannte Rechtsprechung[25]).

I. bei der Nachbürgschaft.

Demnach hat auch der Nachbürge als echter Bürge für die Bürgschaftsverpflichtung des Vorbürgen sowohl die Einreden aus seiner eigenen Nachbürgschaftsverpflichtung und die aus eigener Person als auch die des Vorbürgen. Da aber der Vorbürge wiederum als Bürge für das Hauptschuldverhältnis auch sämtliche Einreden des Hauptschuldners geltend machen kann, so sind diese im Verhältnis des Nachbürgen zum Vorbürgen unter die dem Vorbürgen zustehenden Einreden zu rechnen, der Nachbürge kann sie daher ebenfalls dem Anspruch des Gläubigers entgegensetzen. Es geht dabei aus § 768 BGB. einwandfrei hervor, daß der Nachbürge die Einreden des Vorbürgen und damit auch die des Hauptschuldners nur solange mit Erfolg vorbringen kann, wie dies auch der Vorbürge könnte. Hat der Vorbürge auf sie vor der Verpflichtungserklärung des Nachbürgen verpichtet, so stehen sie auch dem Nachbürgen nicht mehr zu. Ein nachheriger Verzicht ist im Hinblick auf § 767, Abs. 1 Satz 3 BGB. als rechtsgeschäftliche Erweiterung der Hauptschuld — hier der Vorbürgschaftsverpflichtung — anzusehen und als solche dem Nachbürgen gegenüber unwirksam.

Der Nachbürge kann somit auch die Einrede der Vorausklage des § 771 BGB. geltend machen und verlangen, daß sich der Gläubiger zuerst an den Hauptschuldner und Vorbürgen halte. Die Zulässigkeit dieses Verlangens ist allein schon in dem Wesen der Nachbürgschaft begründet, da der Nachbürge erst dann haften will, wenn der Gläubiger beim Hauptschuldner und beim Vorbürgen die

24) Warn. 1934 Nr. 47.
25) RGRK. a.a.O. § 768, Anm. 1.

Beitreibung seiner Forderung ohne Erfolg versucht hat. Hat sich jedoch der Nachbürge unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, also selbstschuldnerisch, verbürgt, dann kann ihn der Gläubiger ohne weiteres vor dem Vorbürgen in Anspruch nehmen. Eine Inanspruchnahme des Nachbürgen vor dem Hauptschuldner, auch bei selbstschuldnerischer Nachbürgschaft, ist nicht möglich, da sich der Nachbürge nicht für den Hauptschuldner verbürgt hat, vielmehr ist ein erfolgloser Befriedigungsversuch des Gläubigers beim Hauptschuldner erst notwendig, damit der Gläubiger den Anspruch gegen den Vorbürgen, für den sich der Nachbürge verbürgt hat, geltend machen kann. Erst wenn dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben ist, gegen den Vorbürgen vorzugehen, kann er dies auch gegen den Nachbürgen. Anders verhält es sich allerdings, wenn sich schon der Vorbürge selbstschuldnerisch verbürgt. In diesem Fall wird man dem Gläubiger die Möglichkeit zugestehen müssen, den Nachbürgen noch vor dem Hauptschuldner zu belangen, da er ja jederzeit gegen den Vorbürgen vorgehen könnte.

II. bei der Rückbürgschaft.

Bei der Anwendung des § 768 BGB. ergibt sich aus der Natur der Rückbürgschaft ein von der gewöhnlichen Bürgschaft verschiedenes Bild. Von besonderer Bedeutung ist dabei, daß bei der Rückbürgschaft nicht das Schuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger als Grundlage für die Verpflichtung des Rückbürgen gilt, sondern das Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Hauptbürgen. Hat der Hauptbürge auf Grund seiner Bürgschaftsverpflichtung an den Gläubiger geleistet, dann geht gemäß § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB. die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner insoweit auf den Hauptbürgen über. Der Hauptbürge kann seinen Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner mit Hilfe dieser Bestimmung geltend machen. Hat sich der Hauptbürge auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses mit dem Hauptschuldner, z. B. eines Auftrags oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag, verpflichtet, dann hat er nach Erfüllung seiner Verpflichtung neben dem Regreßanspruch aus § 774 BGB. auch noch Ersatzansprüche aus diesem besonderen Rechtsverhältnis, bei Auftrag aus § 670 BGB., bei Geschäftsführung ohne Auftrag aus § 683, Satz 1 BGB. Der Hauptbürge hat in einem solchen Fall dann die Wahl, auf welche Rechtsnormen er seinen Ersatzanspruch stützen will; es ergibt sich daher erst nach dessen Entscheidung die rechtliche Beschaffenheit der Verbindlichkeit, für die sich der Rückbürge verpflichtet hat.

Da der Rückbürge ebenfalls echter Bürge ist, so kann er auch gemäß § 768, Abs. 1, Satz 1 BGB. neben den ihm aus seiner Bürg-

schaftsverpflichtung und aus eigener Person zustehenden Einwendungen und Einreden auch die des Hauptschuldners geltend machen. Die Einreden des Hauptschuldners können hier auf drei verschiedenen Rechtsgrundlagen beruhen und zwar in dem Recht aus eigener Person, aus dem Hauptschuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger und aus einem besonderen Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Hauptbürgen. Die Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis gehen durch den Forderungsübergang nicht verloren, sondern bleiben, soweit sie zur Zeit des Forderungsüberganges gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, bestehen, §§ 412, 404 BGB.

Es fragt sich nur, ob der Rückbürge dadurch, daß der Hauptbürge den Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner aus § 774 BGB. oder aus den §§ 670 oder 683 Satz 1 BGB. oder beide zusammen zur Grundlage seines Vorgehens gegen den Rückbürgen machen kann, in seinem Recht, auch die Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen, berührt wird.

Besteht kein besonderes Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Hauptbürgen, dann hat der Rückbürge neben den Einreden aus eigener Person und aus seinem Bürgschaftsverhältnis auch die des Hauptschuldners aus dem Hauptschuldverhältnis und aus der Person des Hauptschuldners.

Beruht die Bürgschaftsübernahme auf einem besonderen Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Hauptbürgen und stützt der Hauptbürge seinen Anspruch gegen den Rückbürgen auf dieses Rechtsverhältnis, dann kommen zu den im vorhergehenden Absatz genannten Einreden auch noch die Einreden des Hauptschuldners aus diesem Rechtsverhältnis.

Stützt der Hauptbürge auch bei Vorliegen eines besonderen Rechtsverhältnisses seinen Anspruch gegen den Rückbürgen allein auf seinen Ersatzanspruch aus dem Forderungsübergang, so kann der Rückbürge trotzdem auch die Einreden aus dem besonderen Rechtsverhältnis bringen. § 774 Abs. 1 Satz 3 BGB. besagt ausdrücklich, daß beim Forderungsübergang die Einwendungen des Hauptschuldners aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehendem Rechtsverhältnis unberührt bleiben. Es besteht somit kein Hindernis, die Einwendungen aus dem besonderen Rechtsverhältnis auch dann zuzulassen, wenn der Bürge seinen Regreßanspruch nur aus dem Forderungsübergang herleitet[26]). Als Einwendungen des Hauptschuldners kann sie dann auch der Rückbürge geltend machen.

---

26) Mot. II a.a.O. Seite 674; RGZ. 102/53.

III. bei der Schadlosbürgschaft, besonders die Einrede der Vorausklage und des Erlasses.

Der Schadlosbürge steht zu dem Hauptgläubiger wie ein gewöhnlicher Bürge, nur mit der Abrede, daß er leisten will, wenn sämtliche anderweitigen Befriedigungsmöglichkeiten durch den Hauptgläubiger erschöpft sind. Daraus ergibt sich, daß auch dem Schadlosbürgen wie dem gewöhnlichen Bürgen die Einreden des Hauptschuldners, ferner die aus dem eigenen Bürgschaftsvertrag und sonstige aus eigener Person zustehen.

Die Besonderheiten der den Anspruch der Schadlosbürgschaft begründenden Voraussetzungen lassen es jedoch fraglich erscheinen, ob der Schadlosbürge alle einem gewöhnlichen Bürgen zustehenden Einreden wirksam geltend machen kann oder ob ihre Wirkungen schon durch die besonderen Voraussetzungen vorweg genommen sind.

Der Schadlosbürge kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger einen Ausfall an seiner Forderung gegen den Hauptschuldner erlitten hat. Dazu gehört, abgesehen von besonderen Abmachungen, zu mindest, daß er beim Hauptschuldner die Zwangsvollstreckung ohne Erfolg durchgeführt hat, also die tatbestandsmäßige Erfüllung des § 772 BGB. und damit das, was mit der Einrede der Vorausklage vom Gläubiger verlangt werden kann. Wenn nun schon der Gläubiger von sich aus gegen den Hauptschuldner vorgegangen sein muß, um überhaupt seinen Anspruch gegen den Schadlosbürgen begründen zu können, so braucht auch der Schadlosbürge nicht erst die Einrede der Vorausklage vorzubringen. Durch die vertragsmäßige Erweiterung der Haftung ist aber nicht eine Erweiterung der gesetzlichen Einrede der Vorausklage eingetreten; denn nicht der Schadlosbürge hat auf Grund dieser Einrede größere Rechte als ein gewöhnlicher Bürge, sondern die klagebegründenden Voraussetzungen sind für den Hauptgläubiger so erschwert worden, daß sie die Wirkungen der Einrede der Vorausklage schon in sich aufgenommen haben.

Man wird jedoch das Bestehen der Einrede der Vorausklage auch für den Schadlosbürgen nicht in dem Maße verneinen dürfen, wie dies das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 14. Februar 1916 tut[27]). Wenn andererseits das Reichsgericht die Rechtsgültigkeit einer selbstschuldnerischen Schadlosbürgschaft anerkennt[28]), so setzt es damit voraus, daß der Schadlosbürge an und für sich die Einrede der Vorausklage erheben hann. Wäre dies nicht der Fall, dann könnte er auch nicht auf sie verzichten und sich damit selbstschuldnerisch verpflichten.

Als Grundsatz kann daher aufgestellt werden, daß dem Schadlosbürgen die Einrede der Vorausklage im vollen Umfang zwar zu-

27) RG. in LZ. 1916 Seite 805 Nr. 15.
28) Warn. 1919 Nr. 166; 1934 Nr. 47.

steht, daß er sie aber im Normalfall [29]) nicht geltend zu machen braucht, weil es sich aus dem Wesen der Schadlosbürgschaft ergibt, daß der Hauptgläubiger zur Anspruchsbegründung gegen den Schadlosbürgen die Erfolglosigkeit seines Vorgehens gegen den Hauptschuldner im Wege der Zwangsvollstreckung dartun muß und damit die Wirkung der Einrede der Vorausklage vorweg nimmt.

Strittig war bis in die jüngste Zeit, ob der Schadlosbürge auch die Einrede des Erlasses erheben könne. Die Frage wurde meist akut, wenn der Gläubiger mit dem Hauptschuldner zum Zwecke der Konkursabwendung einen Vergleich abgeschlossen hatte und nun den für den Ausfall haftenden Schadlosbürgen in Höhe des erlassenen Betrages in Anspruch nehmen wollte. Eine derartige, über den Bestand der Forderung hinausgehende Haftpflicht wollte hauptsächlich Jäger [30]) in analoger Anwendung des § 193 KO. wirksam sein lassen. Er ließ jedoch dabei außer Acht, daß beim Zwangserlaß „für den erlassenen Teil der Konkursforderung eine unvollkommene, erfüllbare, aber nicht erzwingbare Haftung des Schuldners fortbesteht" [31]), daher auch der Bürge weiter haftet, während bei einem Erlaßvertrag das Schuldverhältnis gemäß § 397 BGB. insoweit erlischt und nach § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB. für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. Die herrschende Rechtssprechung [32]), zu der sich nunmehr auch Jäger [33]) bekehrt hat, hat deshalb schon immer auch für die Schadlosbürgschaft die Einrede des Erlasses zugelassen und eine analoge Anwendung des § 193 KO. auch aus Billigkeitsgründen abgelehnt, da der Schadlosbürge im Falle des Erlöschens der Hauptschuld durch Erlaß dem Hauptschuldner gegenüber nie mehr den Forderungsübergang nach § 774 hätte geltend machen können.

Eine Weiterhaftung des Schadlosbürgen bei Erlaß ist nur möglich, wenn beim Erlaß dies neu zwischen Gläubiger und Schadlosbürgen vertraglich vereinbart wird oder bereits bei Übernahme der Haftung Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung war. In beiden Fällen liegt aber keine Schadlosbürgschaft mehr vor, sondern eine von der Hauptschuld unabhängige Haftung auf Grund eines Garantievertrages.

§ 7. Der Ausschluß der Einrede der Vorausklage gemäß § 773.

Beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 773 Abs. 1 BGB. ist für den gewöhnlichen Bürgen die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen.

29) Ausnahme sieh unten § 7 Abs. II Unterabsatz 4.
30) LZ. 1916 Sp. 526 ff.
31) RGZ. 78/77; Bay. Z. 1932/80.
32) RGZ. 92/121; LZ. 1916 Sp. 1555.
33) Jäger Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, II. Band, § 193 Anm. 21.

I. bei der Nach- und Rückbürgschaft.

Was die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft anlangt, so findet diese Vorschrift ohne weiteres auch Anwendung bei der Nach- und der Rückbürgschaft. Der Nach- und der Rückbürge unterscheiden sich ja von der gewöhnlichen Bürgschaft nicht dadurch, daß sie in anderer Weise haften wollen, sondern nur dadurch, daß der Gegenstand ihrer Haftung eine andere Verbindlichkeit ist, sie stehen nicht für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit bei dem Hauptschuldner ein, sondern der Nachbürge für die Erfüllung der Vorbürgschaftsverpflichtung und der Rückbürge für die Erfüllung der Regreßschuldverpflichtung. Dieser Unterschied hinsichtlich der Hauptverbindlichkeit läßt aber keinen Grund für die Nichtanwendung des § 773 BGB. erkennen, zumal da dem Nach- und dem Rückbürgen die Einrede der Vorausklage wie einem gewöhnlichen Bürgen zusteht.

II. bei der Schadlosbürgschaft.

Anders verhält es sich bei der Schadlosbürgschaft. Ist schon infolge ihres durch die vertragliche Einschränkung der Haftung bedingten, von der gewöhnlichen Bürgschaft verschiedenen Wesens die Anwendbarkeit der Einrede der Vorausklage zum Schutze des Schadlosbürgen nicht erforderlich, so fragt es sich, ob bei Eintritt einer der im § 773 Abs. 1 BGB. genannten Voraussetzungen kraft Gesetzes der Ausfallnachweis erleichtert und damit die Haftung des Schadlosbürgen verschärft wird.

§ 773 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. bestimmt, daß die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist, wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat. Der Bürge kann dann nicht mehr verlangen, daß der Gläubiger zuerst den Hauptschuldner nach den Bestimmungen des § 772 BGB. in Anspruch nimmt, sondern überläßt dem Gläubiger die Wahl, wen dieser zuerst belangen will. Flüchtig betrachtet stellen somit die Schadlosbürgschaft und die selbstschuldnerische Bürgschaft Gegensätze dar, da der Schadlosbürge doch erst dann leisten will, wenn ihm gegenüber der Nachweis erbracht ist, daß beim Hauptschuldner auch nach Durchführung der Zwangsvollstreckung gegen dessen ganzes Vermögen in Höhe des Ausfalls Befriedigung nicht erlangt werden kann. Dieser scheinbare Gegensatz führt leicht zu dem Schluß, daß sich ein Schadlosbürge nie selbstschuldnerisch verbürgen könne.

In der Rechtsprechung ist die Übernahme einer selbstschuldnerischen Schadlosbürgschaft anerkannt und das Reichsgericht zeigt in seiner Entscheidung vom 8. März 1934, VI 457/33 [34]), wann die Übernahme einer Schadlosbürgschaft als selbstschuldnerisch vorliegt.

---

34) Warn. 1934 Nr. 47.

Im genannten Fall war für die Ansprüche aus laufender Geschäftsverbindung selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft in der Weise übernommen worden, daß der Schadlosbürge bis zum Betrag von RM. 15 000.— selbstschuldnerisch haften wollte, soweit nicht Befriedigung aus den bereits für diese Ansprüche bestellten Sicherheiten (Grundschuld, Wechsel und Waren) erlangt werden konnte. Schadlosbürgschaft lag vor, da der Bürge nur für den Ausfall haften wollte, den der Gläuibger nach Befriedigung aus den bestellten Sicherheiten noch erleiden würde. Damit war auch gleichzeitig eine Erleichterung des Ausfallsnachweises geschaffen. Für diesen Ausfall würde aber der Schadlosbürge nicht anders haften, wie ein gewöhnlicher Bürge, d. h. er könnte noch die Einrede der Vorausklage erheben und vom Gläubiger den Nachweis erfolgloser Zwangsvollstreckung in den Grenzen des § 772 BGB. verlangen, da er trotz vertraglicher Erleichterung des Ausfallnachweises nicht schlechter gestellt sein will als ein gewöhnlicher Bürge. Mit der selbstschuldnerischen Verbürgung war ihm jedoch die gesetziche Einrede der Vorausklage genommen und dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, ihn sofort zu belangen, ohne vorher weitere Zwangsvollstrekkungsmaßnahmen gegen den Hauptschuldner unternehmen zu müssen [35]) [36]).

So kann mit dem Reichsgericht anerkannt werden, daß sich auch der Schadlosbürge selbstschuldnerisch verbürgen kann [37]). Es ist natürlich richtig, daß der Schadlosbürge nur selten durch den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage seine günstige Stellung aufgeben wird, die er sich erst durch vertragliche Abmachung geschaffen hat, andererseits kann ihm aber nicht verwehrt werden, auf ein ihm gesetzlich zustehendes verzichtbares Recht zu verzichten.

Die Einrede der Vorausklage ist ferner ausgeschlossen, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist (§ 773 Abs. 1 Ziff. 2 BGB.). Von einer wesentlichen Erschwerung der Rechtsverfolgung kann erst dann gesprochen werden, wenn der Hauptschuldner seinen Wohnsitz usw. ins Ausland verlegt hat und der Gläubiger sich fremden Gesetzen unterwerfen und die Nachteile, denen ein Ausländer als Prozeßgegner ausgesetzt ist, erdulden muß.

Diese Bestimmung des § 773 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. dient dazu, eine Verschlechterung der Stellung des Gläubigers durch eine Verlegung des hauptschuldnerischen Wohnsitzes usw. ins Ausland —

35) Warn. 1919 Nr. 166.

36) Bei den Banken ist diese Art der selbstschuldnerischen Schadlosbürgschaften mit erleichtertem Ausfallnachweis eine vielfach angewendete Form der Sicherung einer hauptschuldnerischen Geschäftsverbindung, LZ. 1912/804.

37) Neufeld-Schwarz, Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, II. Band, Handelsgeschäfte, § 349 Anm. 18.

eine Veränderung innerhalb des deutschen Reichsgebietes bedeutet keine Erschwerung im Sinne der genannten Vorschrift — und eine damit verbundene Erschwerung der Rechtsverfolgung zu vermeiden.

Eine Anwendung dieses Grundgedankens auf die Schadlosbürgschaft würde deren Wesen völlig widersprechen. Da der Schadlosbürge kraft vertraglicher Vereinbarung erst dann leisten will, wenn der Hauptgläubiger trotz Durchführung aller Vollstreckungsmöglichkeiten nicht mehr vom Schuldner erlangen kann, so ist es dabei gleichgültig, ob die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner reibungslos vor sich geht oder erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Wenn sich der Gläubiger auf die für ihn ungünstigen Bedingungen bei Abschluß der Schadlosbürgschaft eingelassen hat, so besteht kein Anlaß, bei Eintritt der in § 773 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. genannten Umstände zugunsten des Hauptgläubigers das Wesen der Schadlosbürgschaft zu verändern und diese zur gewöhnlichen Bürgschaft werden zu lassen.

Ebenso verhält es sich, wenn der Wohnsitz, die gewerbliche Niederlassung oder der Aufenthaltsort des Schuldners unbekannt ist. Auch dann muß der Hauptgläubiger nach dem Wohnsitz usw. des Hauptschuldners forschen; denn dies gehört ebenfalls zur Rechtsverfolgung.

Eine Anwendung des § 773 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. auf die Schadlosbürgschaft ist daher abzulehnen. Vergleichsweise ist dabei zu erwähnen, daß nach § 1463 sächs. BGB.[38]) dem Schadlosbürgen auch dann noch das Recht auf die Vorausklage zustand, wenn der Aufenthalt des Hauptschuldners unbekannt war oder der Hauptschuldner sich außerhalb der deutschen Bundesstaaten aufhielt.

Wird über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet, dann steht dem gewöhnlichen Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht mehr zu, § 773 Abs. 1 Ziff. 3 BGB. Eine derartige Wirkung kann die Eröffnung des Konkursverfahrens bei der Schadlosbürgschaft nicht hervorrufen. Da der Hauptgläubiger erst die Zwangsvollstreckung in das ganze Vermögen des Hauptschuldners betrieben haben muß, um einen Ausfall feststellen zu können, so dient auch die Durchführung eines Konkursverfahrens zur Befriedigung der Forderung des Gläubigers. Nach Durchführung des Konkurses und Feststellung der Konkursdividende kann dann der Gläubiger mit Bestimmtheit feststellen, wie hoch sein Ausfall an der Konkursforderung ist. Konkursforderung abzüglich der um das Verwertungsergebnis etwa bestellter Sicherheiten, die zur abgesonderten Befriedigung berechtigten, erhöhten Konkursdividende ergibt den Ausfall. Die Beendigung des Konkursverfahrens ist somit Bedingung für die klare Begründung gegen den Schadlosbürgen.

---

38) § 1463 sächs. BGB. lautet: Dem Schadlosbürgen steht das Recht auf die Vorausklage auch dann zu, wenn der Aufenthaltsort des Hauptschuldners unbekannt ist, oder der Hauptschuldner sich außerhalb der deutschen Bundesstaaten aufhält oder in Konkurs verfallen ist.

Dieser Grundsatz erleidet durch eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 22. Dez. 1910, VI 612/09[39]), insofern eine Einschränkung, als hiernach der Gläubiger auch schon während des Konkursverfahrens eine Klage gegen den Schadlosbürgen anzustrengen vermag, wenn er nur einen bestimmten Mindestausfall nachweisen kann. In dieser Entscheidung heißt es, daß „sich aus dem Wesen der Ausfallbürgschaft keine Gründe dafür herleiten lassen, daß auch bei Nachweis eines Mindestausfalles vor Beendigung des Konkurses die Einklagung des Ausfallbürgen unzulässig sei". Das Reichsgericht setzt diesen Satz an den Schluß seiner Entscheidung, ohne eine Begründung dafür zu geben, warum dies mit dem Wesen der Schadlosbürgschaft vereinbar sei.

Dieser Standpunkt, an dem das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[40]) festhält, dürfte jedoch der rechtlichen Konstruktion der Schadlosbürgschaft nicht gerecht werden. Wollte man zulassen, daß jedesmal, wenn der Hauptgläubiger wieder einen Teil des Ausfalls mit Bestimmtheit nachweisen kann, auch der Schadlosbürge zu leisten verpflichtet sein würde, so würde dies für den Schadlosbürgen eine unbillige Belastung und Unsicherheit bedeuten und außerdem dem Willen des Schadlosbürgen und damit dem Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung widersprechen. Der Schadlosbürge will leisten, wenn der Ausfall feststeht. Dieser Ausfall, die Differenz zwischen der Hauptschuld und dem, was der Gläubiger vom Hauptschuldner erlangen konnte, ist eine Einheit und steht beim Konkursverfahren erst dann fest, wenn dieses endgültig abgeschlossen und die Konkursdividende bestimmt ist. Es ist nicht so, daß sich der Ausfall aus einzelnen Abschnitten oder Teilen zusammensetzen würde und jedesmal mit der Entstehung eines derartigen Teiles dieser auch zur Leistung fällig wäre, sondern der Ausfall ist ein unteilbares Ganzes, das sich mit fortschreitendem Verbrauch der Befriedigungsmittel je nach dem Erfolg der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner vergrößert oder vrkleinert. Nach Abschluß der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner ergibt sich der Ausfall in einem bestimmten, unwandelbaren Umfang, und diesen endgültig zu leisten, hat der Schadlosbürge versprochen. So dürfte entgegen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung die Fälligkeit des Ausfalles und damit die Leistungspflicht des Schadlosbürgen erst dann gegeben sein, wenn einwandfrei der ganze Ausfall feststeht, bei einem Konkursverfahren über das Vermögen des Hauptschuldners erst nach Abschluß dieses Verfahrens.

In ähnlicher Weise hat Reichel[41]) Bedenken gegen die reichsgerichtliche Rechtsprechung erhoben: „Die Gegenmeinung (die des Reichsgerichts) denaturiert die Ausfallbürgschaft, indem sie sie der schlichten Bürgschaft in einer Weise annähert, die den deutlich er-

39) RGZ. 75/187.
40) Recht 1919 Nr. 1777; HRR. 1929 S. 1431.
41) JW. 1929 S. 1386 Anm. zu Nr. 18.

kennbaren Intentionen des Ausfallbürgen widerspricht; sie läßt sich daher weder durch Verkehrsbedürfnisse, noch durch die Analogie des § 773 Abs. 1 Ziff. 4 BGB. rechtfertigen."

Nach § 1463 sächs. BGB.[42]) stand auch bei Konkurs des Hauptschuldners dem Schadlosbürgen die Einrede der Vorausklage zu; es wurde also in diesem Recht die restlose Durchführung des Konkursverfahrens vor Inanspruchnahme des Schadlosbürgen verlangt, was auch dem Wesen der Schadlosbürgschaft durchaus entspricht.

Endlich ist die Einrede der Vorausklage noch ausgeschlossen, wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird, § 773 Abs. 1 Ziff. 4 BGB. Auch diese Ziffer ist für die Schadlosbürgschaft ohne Bedeutung. Da der Schadlosbürge verlangt, daß ein bestimmter Ausfall an der Hauptforderung feststeht, bevor er leisten will, so kann der Gläubiger nicht mit der bloßen Annahme, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners führe zu keiner Befriedigung, einen Ausfall begründen. Er muß auch in diesem, vielleicht offensichtlich aussichtslosen Fall den Nachweis der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner und der Höhe seiner Nichtbefriedigung führen, ehe er den Schadlosbürgen in zulässiger Weise belangen kann, es sei denn, daß er auf andere Weise den Nachweis der völligen Mittellosigkeit des Hauptschuldners und der damit verbundenen Aussichtslosigkeit einer Rechtsverfolgung erbringen kann. Dies wird aber selten der Fall sein, da meist erst bei einer folgerichtig durchgeführten Zwangsvollstreckung die wahren Vermögensverhältnisse eines Schuldners offenkundig zu werden pflegen.

Im Gegensatz zur Nach- und Rückbürgschaft kann somit nur § 773 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. bei der Schadlosbürgschaft Anwendung finden, während die übrigen gesetzlichen Gründe für den Ausschluß der Einrede der Vorausklage (§ 773 Abs. 1 Ziff. 2—4 BGB.) infolge der eigenartigen rechtlichen Natur der Schadlosbürgschaft nicht durchschlagen. Auch § 773 Abs. 2 BGB., der die Einrede insoweit zuläßt, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat, bleibt bei der Schadlosbürgschaft ohne Bedeutung, da es an sich schon zur Klagebegründung des Gläubigers gehört, daß er alle Möglichkeiten einer Befriedigung, natürlich auch bestellte oder gesetzlich ihm zustehende Sicherungsrechte ausgeschöpft hat.

§ 8. Der Ausschluß der Einrede der Vorausklage gemäß § 349 HGB. und § 194 KO.

Außer im Bürgerlichen Gesetzbuch sind auch im Handelsgesetzbuch und in der Konkursordnung Bestimmungen über die Einrede

42) s. S. 15 Anm. 38.

der Vorausklage enthalten. § 349 HGB. bestimmt, daß dem Bürgen, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, (Minderkaufleute ausgenommen) die Einrede der Vorausklage nicht zusteht; § 194 KO. spricht von einer Übernahme von Verpflichtungen in einem Zwangsvergleich, zu dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage. Unter letztere Bestimmung fällt auch die Übernahme einer Bürgschaft im Zwangsvergleich.

Wie § 773 BGB., so finden auch § 349 HGB. und § 194 KO. auf die Nach- und Rückbürgschaft Anwendung, da sich aus deren rechtlicher Konstruktion keine Gründe für eine andersgeartete Behandlung ergeben. Hingegen zwingt die Schadlosbürgschaft infolge ihres eigenartigen Wesens auch hier zu einer besonderen Stellungnahme.

Zweifellos kann sich auch ein Vollkaufmann so verbürgen, daß er nur für den Ausfall haftet; denn der Ausschluß der Einrede der Vorausklage durch § 349 HGB. kann keinen Grund dafür bilden, die Schadlosbürgschaft bei Vollkaufleuten nicht zuzulassen. Wie bereits erörtert, ist es nicht Sache des Schadlosbürgen, sich der Einrede der Vorausklage zu bedienen, um den Gläubiger zuerst an den Hauptschuldner zum Zwecke der Rechtsverfolgung zu verweisen, vielmehr muß der Gläubiger seinerseits eine erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner nachweisen, wenn er den Schadlosbürgen in Anspruch nehmen will. An diesem Inhalt der Schadlosbürgschaftsverpflichtung ändert auch die Bestimmung des § 349 HGB., daß einem Vollkaufmann die Einrede der Vorausklage nicht zustehe, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, nichts. Es kann sich somit auch ein Vollkaufmann ebenso wie ein Minder- oder Nichtkaufmann als Schadlosbürge verpflichten, ohne dadurch seines Rechts, die vorherige restlose Durchführung der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner durch den Gläubiger und die dadurch bedingte Feststellung des Ausfalles verlangen zu können, verlustig zu gehen.

Genau so verhält es sich mit § 194 KO. Übernimmt ein Bürge die Verpflichtung, für die Erfüllung der von dem Gemeinschuldner in einem Zwangsvergleich eingegangenen Verbindlichkeit einzustehen, dann geschieht dies kraft Gesetzes ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage, also gerade umgekehrt wie nach der Bestimmung des § 771 BGB. Wie nun aber nach BGB. der Bürge auf die Einrede der Vorauklage verzichten kann, so kann bei der Übernahme der Bürgschaft für die Verpflichtungen des Gemeinschuldners aus einem Zwangsvergleich die Einrede der Vorausklage vereinbart werden, da § 194 KO. insoweit nachgiebiges Recht darstellt. Übernimmt ein Schadlosbürge die Verpflichtung für den Ausfall, so hat auch hier der Gläubiger aus dem Zwangsvergleich kraft vertraglicher Vereinbarung diesen Ausfall erst darzulegen, bevor er den Schadlosbürgen in Anspruch nehmen kann, und muß zu diesem Zweck die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner (hier

Gemeinschuldner) durchführen. Mit der vertraglichen Vereinbarung der Haftung nur für den Ausfall behält sich aber der Schadlosbürge nicht nur die Einrede der Vorausklage vor, wie Jäger meint[43]), sondern das viel weitgehendere Recht auf vorherige lückenlose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner, da ja die Erfüllung des § 772 BGB. — die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Hauptschuldners — als Inhalt der Einrede der Vorausklage nicht genügt, um einen Ausfall nachweisen zu können.

Damit darf jedoch nicht der Fall verwechselt werden, daß ein Hauptschuldner, für dessen Verbindlichkeit eine Bürgschaft übernommen ist, in Konkurs gerät und dieses Konkursverfahren durch einen Zwangsvergleich abgeschlossen wird. Hier haftet der Bürge gemäß § 193 KO. auch für den erlassenen Teil der Hauptschuld, da diese noch als eine unvollkommene, erfüllbare, aber nicht erzwingbare fortbesteht. Für diesen erlassenen Teil der Forderung haftet auch ein Schadlosbürge; der erlassene Teil steht sogleich als Ausfall fest, der sich noch durch die Nichterfüllung der von dem Gemeinschuldner im Zwangsvergleich übernommenen Verbindlichkeit erköhen kann[44]).

§ 9. Der Forderungsübergang nach Leistung des Bürgen, § 774.

Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über, § 774 Satz 1 BGB. Dann ist der Bürge berechtigt, Befriedigung beim Hauptschuldner zu suchen und zwar in dem Umfang, wie er selbst geleistet hat, einschließlich der Prozeßkosten, die dem Gläubiger im Prozeß gegen den Hauptschuldner entstanden sind und die er dem Gläubiger ersetzt hat[45]). Leistet der Bürge aber nicht als Bürge, sondern wie ein Dritter für den Hauptschuldner und bringt er so die Hauptschuld zum Erlöschen, dann ist auch der gesetzliche Forderungsübergang nach § 774, Satz 1 BGB. ausgeschlossen[46]).

Hier ist jedoch zu untersuchen, ob auch der Nach-, Rück- und Schadlosbürge nach Erfüllung ihrer Bürgschaftsverpflichtung in entsprechender Anwendung des § 774 BGB. Regreß gegen den Hauptschuldner oder einen sonstigen Schuldner ihrer Regreßforderung nehmen können.

I. bei der Nachbürgschaft.

Vor Prüfung der Frage, wessen Forderung bei Leistung durch den Nachbürgen auf diesen übergeht und wer vom Nachbürgen dann in Anspruch genommen werden kann, ist es notwendig, noch einmal den Inhalt der Nachbürgschaftsverpflichtung darzulegen.

43) Jäger a.a.O. § 194 Anm. 5.
44) Jäger a.a.O. § 193 Anm. 14 S. 739.
45) Planck a.a.O. § 774 Anm. 4 d.
46) Planck a.a.O. § 765 Anm. 6 d.

Der Nachbürge übernimmt die Verpflichtung, dafür einzustehen, daß der Vorbürge seine Bürgschaftsverpflichtung gegen den Hauptgläubiger erfüllen wird. Damit ist klar gesagt, daß sich der Nachbürge nicht für den Hauptschuldner, sondern für den Vorbürgen verbürgen will. Die Nichtleistung des Hauptschuldners ist für den Nachbürgen nur insoweit von Bedeutung, als dann der Vorbürge belangt werden kann und bei dessen Nichtleistung die Leistungspflicht des Nachbürgen praktisch wird.

Die Leistung des Nachbürgen besteht darin, daß er dem Gläubiger das verschafft, was dieser haben würde, wenn der Vorbürge seine Verpflichtung erfüllt hätte. Damit steht auch fest, daß der Nachbürge bei entsprechender Anwendung des § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB. die Forderung des Gläubigers gegen den Vorbürgen erwirbt.

1. Das Reichsgericht verneint dies und sagt, daß auch bei Befriedigung des Gläubigers durch den Nachbürgen nicht die Bürgschaftsschuld des Vorbürgen, sondern die Schuld des Hauptschuldners erfüllt werde [47]), „es handele sich deshalb bei der übergehenden Forderung nicht um eine Forderung aus dem Bürgschaftsvertrag“ [48]), sondern um die Schuld des Hauptschuldners. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden; denn dadurch würde die Nachbürgschaft zur Mitbürgschaft, wie dies im Kommentar der Reichsgerichtsräte auch schon zum Ausdruck gekommen ist [49]). Damit verkennt aber das Reichsgericht das Wesen der Nachbürgschaft: der Nachbürge will nach, nicht neben dem Vorbürgen haften. Es ist nicht so, daß der Gläubiger wählen darf, wen er zuerst in Anspruch nehmen will, den Vorbürgen oder den Nachbürgen, sondern er muß, wenn sich nicht der Nachbürge unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verbürgt hat, zuerst gegen den Vorbürgen vorgehen.

Das Reichsgericht führt weiter in seiner Entscheidung vom 9. Dez. 1913 aus [50]), „die Meinung der Revision, daß im Falle der Nachbürgschaft als Hauptschuldner der erste Bürge anzusehen sei, finde im Gesetz keine Stütze. § 774 BGB. spreche allgemein von dem befriedigendem Bürgen. Bürge sei aber auch der Nachbürge und wenn die Vorschrift auf der Unterstellung beruht (Mot. II/674), daß der Bürge den Gläubiger nicht solvendi causa, sondern in der Absicht befriedige, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, so treffe dies für jeden Bürgen, auch für den Nachbürgen zu. Daß dabei nur [51]) an die Forderung des befriedigten Gläubigers aus dem Hauptgeschäft, nicht aus dem Bürgschaftsvertrage gedacht sei, bedürfe keiner weiteren Begründung. Hauptschuldner sei der Dritte,

47) RGZ. 83/343.
48) RGZ. 146/70.
49) RGRK. a.a.O. § 774 Anm. 5.
50) RGZ. 83/363.
51) siehe aber RGRK. § 774 Anm. 5; hier ist unter Bezugnahme auf eine nichtveröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. 5. 1914, VI 173/14, erklärt, daß dem Nachbürgen voller Ersatzanspruch gegen den Vorbürgen, für den er die Bürgschaft übernommen habe, zustehe.

dessen Schuld durch die Bürgschaft des Vor- und Nachbürgen gesichert werden solle, nicht der Vorbürge."

Diese Ausführungen des Reichsgerichts, die sich auf den Wortlaut des § 774 Satz 1 BGB. gründen, lassen erkennen, daß sich das Reichsgericht an die einzelnen Worte des § 774 BGB. geklammert und dabei das Wesen der Nachbürgschaft unberücksichtigt gelassen hat. Es ist richtig, daß § 774 BGB. von dem befriedigendem Bürgen spricht und daß der Nachbürge auch ein Bürge ist. Weiterhin ist richtig, daß von dem Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner die Rede ist und nicht vom Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Vorbürgen. Das Reichsgericht läßt dabei aber außer Acht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 765 bis 778 die Bürgschaft allgemein regelt und die einzelnen besonderen Arten der Bürgschaft überhaupt nicht erwähnt, also auch nicht die für die besonderen Bürgschaftsarten entsprechenden Änderungen und Ergänzungen in den einzelnen Paragraphen bringen kann. Will man § 774 BGB. auf die Nachbürgschaft anwenden, so kann dies nicht unmittelbar geschehen, sondern es sind zu diesem Zweck die für die Nachbürgschaft zutreffenden Begriffe einzusetzen. § 774 Satz 1 BGB. würde dann folgendermaßen lauten: „Soweit der Nachbürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Vorbürgen auf ihn über." Dieser Wortlaut ergibt sich einwandfrei aus dem Wesen der Nachbürgschaft. Die Nachbürgschaft ist auch nichts anderes wie eine gewöhnliche Bürgschaft, nur mit dem Unterschied, daß hier nicht für die Verpflichtung eines gewöhnlichen Hauptschuldners, sondern für die Bürgschaftsverpflichtung des Vorbürgen, der in dem Verhältnis des Nachbürgen zum Gläubiger die Stellung eines Hauptschuldners einnimmt, gehaftet wird. Deshalb erwirbt der Nachbürge bei Leistung an den Gläubiger dessen Forderung gegen den Vorbürgen.

2. Der Ansicht des Reichsgerichts, daß mit der Leistung des Nachbürgen allein die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf jenen übergehe, tritt von Gierke[52]) mit der Begründung entgegen, daß die Ansicht, Hauptschuldner sei nicht der Vorbürge, sondern der Hauptschuldner, mit dem Wesen der Nachbürgschaft unvereinbar sei; er läßt damit also den Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Vorbürgen gelten, während vielfach in der Literatur[53]) im Gegensatz zum Reichsgericht und von Gierke die Meinung vertreten wird, daß sich zwar der Nachbürge unmittelbar für den Vorbürgen verbürge, daß aber bei der Personengleichheit des Gläubigers der Hauptschuld und der Vorbürgschaftsschuld auf den befriedigenden Nachbürgen mit dem Anspruch gegen den Vorbürgen auch der Anspruch gegen den Hauptschuldner übergehe.

52) v. Gierke a.a.O., § 206 III/3 Anm. 39.

53) Planck a.a.O. § 774 Anm. 9; Staud. a.a.O. § 774 Anm. 7 a; Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch § 349 Anm. 52; Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, § 349 Anm. 46.

Dieser Argumentation kann ebenfalls entgegengehalten werden, daß der Nachbürge mit seiner Leistung nur seine Nachbürgschaftsverpflichtung, die darauf abzielt, für die Erfüllung der Vorbürgschaftsverpflichtung einzustehen, erfüllt. Eine unmittelbare Erfüllung der Vorbürgschaftsverpflichtung, die für den Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erforderlich wäre, erfolgt nicht. Die Personengleichheit des Gläubigers der Hauptschuld und der Vorbürgschaftsschuld macht die beiden Schuldverhältnisse im Verhältnis zum Nachbürgen nicht zu einem einzigen; beide Schuldverhältnisse sind scharf auseinander zu halten.

3. Im folgenden soll im Anschluß an die von von Gierke geäußerte Ansicht der Versuch gemacht werden, eine dem Wesen der bei der Nachbürgschaft miteinander verquickten Schuldverhältnisse gerecht werdende Lösung zu finden.

Der Hauptschuldner schuldet dem Gläubiger eine bestimmte Leistung; der Vorbürge hat dem Gläubiger gegenüber die Verpflichtung übernommen, für die Erfüllung der geschuldeten Leistung des Hauptschuldners einzustehen; der Nachbürge hat den gleichen Gläubiger gegenüber die Verpflichtung übernommen, für die Erfüllung der geschuldeten Leistung des Vorbürgen einzustehen. Der Vorbürge will dem Gläubiger das verschaffen, was dieser haben würde, wenn der Hauptschuldner geleistet hätte; der Nachbürge will dem Gläubiger das verschaffen, was dieser haben würde, wenn der Vorbürge geleistet hätte. Beide Leistungen sind möglicherweise ihrem Inhalt nach gleich, aber nicht nach ihrer rechtlichen Grundlage.

Nimmt der Gläubiger den Nachbürgen in Anspruch, nachdem er vergeblich beim Hauptschuldner und Vorbürgen Befriedigung seiner Forderung gesucht hat, und leistet der Nachbürge, so erfüllt dieser seine eigene Schuldverpflichtung, nicht aber die des Vorbürgen, sodaß mit der Leistung des Nachbürgen die Schuldforderung des Gläuibgers gegen den Vorbürgen auf den Nachbürgen in entsprechender Anwendung des § 774 Satz 1 BGB. übergeht.

Mit Rücksicht darauf, daß auf den gesetzlichen Forderungsübergang gemäß § 412 BGB. die Bestimmungen für die Abtretung entsprechende Anwendung finden, könnte es zweifelhaft erscheinen, ob ein rechtswirksamer Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Vorbürgen ohne gleichzeitigen Übergang der Forderung gegen den Hauptschuldner möglich ist, da nach herrschender Ansicht[54]) die Bürgschaftsforderung allein ohne die Hauptschuld nicht übertragen werden kann, ohne daß sie ihren Rechtscharakter verliert.

54) Staud. a.a.O. § 765 Anm. 6 f.; Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, § 399 Anm. 1 g β; Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band II, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens. § 137 Abs. VII; Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 390.

Nach Ansicht des Reichsgerichts, die besonders von Flad [55]) ausgeführt ist, ist eine selbständige Abtretung der Bürgschaftsforderung wegen ihres unselbständigen Charakters unmöglich. Es gehe nicht an, daß Gläubiger der Hauptforderung und der Bürgschaftsforderung zwei verschiedene Personen seien. In diesem Falle trete eine Änderung des Inhalts des Bürgschaftsschuldverhältnisses ein oder die Abtretung bleibe rechtlich wirkungslos.

Die entgegengesetzte Meinung stützt sich auf die Motive zum BGB.[56]), in denen ausgeführt ist, daß „prinzipiell auch Nebenforderungen ohne die Hauptforderung übertragen werden können, weshalb ausdrückliche Bestimmungen über die Übertragbarkeit der Bürgschaftsforderung nicht geboten erschienen", und erklärt, daß zwar in den §§ 767, 768 BGB. bestimmt sei, daß die Bürgschaftsschuld von dem Bestand der Hauptschuld abhänge, daß aber kein Anlaß bestehe, diesen Grundsatz der Akzessorietät dahin zu erweitern, daß beide Forderungen nur zusammen an eine Person abgetreten werden könnten [57]).

Es kommt jedoch bei der Prüfung der Frage, ob der Übergang der Vorbürgschaftsforderung auf den Nachbürgen rechtswirksam erfolgen kann, auf diese Streitfrage nicht an, da die Vorbürgschaftsforderung Hauptschuld und Bürgschaftsschuld zugleich ist, in dem Verhältnis des Nachbürgen zum Gläubiger als Hauptschuld in diesem Rechtscharakter überwiegt, aber auch im Augenblick des Forderungsüberganges bei zwar gleichem Inhalt ihr Wesen insofern ändert, als sie nicht mehr Bürgschaftsforderung bleibt, sondern Regreßforderung wird [58]).

Der Gläubiger hat damit seine Forderung gegen den Vorbürgen verloren und zwar durch Forderungsübergang kraft Gesetzes, nicht etwa, weil sie erfüllt und damit erloschen wäre. Die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner bleibt bestehen, da deren Übergang kraft Gesetzes sich nur hätte vollziehen können, wenn die Schuldverpflichtung des Vorbürgen erfüllt und die Forderung des Gläubigers gegen den Vorbürgen erloschen wäre. Dies ist aber mit der Leistung des Nachbürgen nicht geschehen. Irgend eine den gesetzlichen Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Vor- oder Nachbürgen bewirkende tatsächliche oder rechtliche Handlung ist nicht erfolgt.

Der Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ist daher nur im Wege der vertraglichen Abtretung nach § 398 BGB. möglich. Dies kann um so eher geschehen, als der Gläubiger kein Recht auf doppelte Befriedigung hat; dem Nachbürgen

---

55) Recht 1919 S. 203.
56) Mot. a.a.O. S. 121.
57) Planck a.a.O. § 401, Anm. 1 c.
58) Auch das Reichsgericht gewährt in seiner nichtveröffentlichten Entscheidung vom 28. 5. 1914, VI/173/14, dem Nachbürgen einen Ersatzanspruch gegen den Vorbürgen, läßt demnach auch einen Forderungsübergang zu, RGRK. § 774 Anm. 5.

ist aber dadurch eine doppelte Rückgriffsmöglichkeit gegeben, gegen den Vorbürgen und gegen den Hauptschuldner.

4. Nimmt der Nachbürge auf Grund des gesetzlichen Übergangs der Forderung des Gläubigers gegen den Vorbürgen diesen in Anspruch und leistet dieser, so erfüllt dieser damit eine Regreßschuld gegenüber dem Nachbürgen, wobei diese mit der Erfüllung erlischt, ohne daß irgend ein Anspruch auf den Vorbürgen überginge. Durch diese Erfüllung der Regreßschuld bleibt auch die etwa übertragene Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner unberührt, ihr Übergang auf den Vorbürgen kann wiederum nur durch eine vertragliche Abtretung erfolgen.

Ist dies nicht geschehen und besteht auch kein besonderes Rechtsverhältnis zwischen dem Vorbürgen und dem Hauptschuldner, dann müßte der Vorbürge allein den ganzen Schaden tragen, während der Hauptschuldner verpflichtet wäre, noch an den Gläubiger zu leisten; denn es kann dem Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger keine Einrede der Arglist aus den Grundsätzen von Treu und Glauben des § 242 BGB. zugebilligt werden, da es für den Hauptschuldner keine Unbilligkeit darstellt, verpflichtet zu sein, eine einmal versprochene Leistung auch wirklich zu erfüllen.

Es ist daher weiterhin zu untersuchen, ob nicht der regreßleistende Vorbürge die Übertragung der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner an sich verlangen kann, da ein Bereicherungsanspruch gegen den Hauptschuldner aus Mangel an Tatbestandserfordernissen ausfällt.

Zwischen dem Gläubiger und dem Vorbürgen bestand bis zum gesetzlichen Übergang der Vorbürgschaftsforderung auf den leistenden Nachbürgen ein Vertragsverhältnis, das zwar als Bürgschaftsverhältnis im allgemeinen nur Pflichten auf Seiten des Bürgen hervorgebracht hat, das aber trotzdem auf beiden Seiten unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB. zu betrachten war. Allein dieses Verhältnis ist erloschen. Nach der Leistung des Vorbürgen an den Nachbürgen ist dann die Rechtslage die, daß der Vorbürge den Schaden und keinen Ersatzanspruch hat, während der Gläubiger bereits befriedigt ist, aber noch einen vollgültigen Anspruch gegen den Hauptschuldner hat, jedoch kein Recht auf doppelte Befriedigung.

Es fragt sich, ob der Gläubiger etwa unter dem Gesichtspunkt der Vertretung von Drittinteressen verpflichtet ist, seine Forderung gegen den Hauptschuldner an den Vorbürgen abzutreten. Dies ist jedoch zu verneinen. Eine derartige Vertretung von Drittinteressen würde nach der einheitlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts[59]) erfordern, daß der Gläubiger im Verhältnis zum Vorbürgen etwa wie ein Kommissionär stehen würde, also im Innenverhältnis diesem gegenüber verpflichtet gewesen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall.

59) RGZ. 89/432; 90/246; 93/39; 97/88/ 107/135.

Damit ergibt sich einwandfrei eine Lücke des Gesetzes, die mit den anerkannten Mitteln der Rechtswissenschaft auszufüllen ist. Da eine analoge Anwendung entsprechender Rechtsnormen nicht in Frage kommt, ist auf § 242 BGB. zurückzugreifen [60]).

§ 242 BGB. regelt nach seinem Wortlaut an sich nur den Inhalt von Schuldverhältnissen, doch hat Literatur und Rechtsprechung seine analoge Anwendung auf die Frage nach dem Bestand eines Schuldverhältnisses ausgedehnt. Wenn auch heute noch darüber Streit besteht, ob diese Ausdehnung zu Recht erfolgt oder nicht, so hat sich doch das Reichsgericht in einigen Entscheidungen [61]) für die Ausdehnung ausgesprochen und damit „dem Richter die Befugnis gegeben, Ansprüche zu verneinen, die nach den bestehenden Gesetzesnormen sich ergeben, wenn ihre Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt, und umgekehrt, Ansprüche anzuerkennen, wenn die Leistung durch Treu und Glauben gefordert wird, auch wenn andere Vorschriften nicht ausreichen würden" [62]).

Bei der vorliegenden Rechtslage, nach der der Vorbürge den Schaden, aber keinen Ersatzanspruch, der Gläubiger hingegen noch seinen Hauptanspruch hat, ohne ein Recht auf doppelte Befriedigung zu besitzen, kann es als ein Forderung von Treu und Glauben angesehen werden, daß der Gläubiger seine Forderung gegen den Hauptschuldner an den Vorbürgen abtritt. Durch eine solche Abtretung werden keine anderweitigen Interessen verletzt, hingegen wird einem höchst unbilligen Rechtszustand ein Ende bereitet, indem dem Vorbürgen, der nur als Sicherung für die Hauptschuld dienen wollte, ein Ersatzanspruch für seine Leistung, die er zwar nicht an den Gläubiger, aber an den Nachbürgen im Wege des Regresses ausgeführt hat, gegeben wird.

Es kann zugegeben werden, daß durch diese rechtliche Konstruktion die Befriedigung des seine Regreßverpflichtung erfüllenden Vorbürgen sehr schwierig geworden ist; doch entspricht dieser Weg rein konstruktiv dem Wesen der Nachbürgschaft eher als die Ansicht des Reichsgerichts, die als praktische Lösung zu werten ist.

Das Reichsgericht läßt nur den Anspruch gegen den Hauptschuldner auf den Nachbürgen übergehen, den Anspruch gegen den leistungsunfähigen Vorbürgen erwähnt es nicht und gibt daher dem Nachbürgen auch keinen Regreßanspruch gegen den Vorbürgen (wenigstens nicht in den Entscheidungen RGZ. 83/343 und 146/70), obwohl doch der Nachbürge sich für den Vorbürgen verbürgt hat. Dadurch wird gewaltsam eine Änderung des Grundverhältnisses der Nachbürgschaft insofern vorgenommen, als das eigentliche Hauptschuldverhältnis für den Nachbürgen, das Vorbürgschaftsverhältnis, ausgeschieden und an seine Stelle das erste Hauptschuldverhältnis gesetzt wird. Der Nachbürge würde dann gegen den

60) Staud. a.a.O. § 242 Anm. V; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, Allgemeiner Teil, § 53 Abs. III.
61) RGZ. 73/288; 106/272; 116/95; u. a.
62) Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 12.

Hauptschuldner, den er vielleicht gar nicht kennt und für den er nie eine Bürgschaft übernommen hätte, einen Regreßanspruch haben, während ihm gegenüber seinem Hauptschuldner, dem Vorbürgen, kein Anspruch zustehen würde.

Die Schwierigkeit in der Klärung der einzelnen Ansprüche entsteht eben nicht bereits bei der Leistung des Nachbürgen, sondern erst dann, wenn der Vorbürge seiner Regreßverpflichtung gegen den Nachbürgen genügt hat, weil in diesem Falle dem Vorbürgen jeglicher Anspruch auf Ersatz gegen den Hauptschuldner fehlt, wenn ihm nicht ein Anspruch aus § 242 BGB. gegen den Gläubiger auf Abtretung der Hauptforderung zugestanden wird.

In diesem Fall wäre ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich, der für die Nachbürgschaft bestimmen könnte, daß bei Leistung des Nachbürgen an den Gläubiger dessen Anspruch gegen den Vorbürgen auf den Nachbürgen und der Anspruch gegen den Hauptschuldner auf den Vorbürgen kraft Gesetzes übergehe, letzterer jedoch erst dann geltend gemacht werden könne, wenn der Vorbürge seine Regreßverpflichtung gegen den Nachbürgen erfüllt hat. Mit einer derartigen gesetzlichen Regelung wären alle Schwierigkeiten aus dem Wege geräumt und es wäre eine einwandfreie Rechtslage geschaffen.

II. bei der Rückbürgschaft.

1. Hat der Bürge an den Gläubiger geleistet und nimmt er, da mit seiner Leistung dessen Forderung gegen den Hauptschuldner auf ihn übergegangen ist (§ 774 Satz 1 BGB.), nach vergeblichem Versuch, Befriedigung beim Hauptschuldner zu finden, den Rückbürgen in Anspruch, so handelt es sich nicht um die Geltendmachung eines Regreßanspruches, sondern „eines Hauptanspruches aus dem Bürgschaftsvertrag“ [63]), um die Forderung aus dem Rückbürgschaftsvertrag. Mit der Leistung des Rückbürgen an den Bürgen, d. h. mit dem tatsächlichen Einstehen für die Erfüllung der gesetzlichen oder auch vertraglichen Regreßverpflichtung gegenüber dem Bürgen (Inhalt der Rückbürgschaftsverpflichtung), geht gemäß § 774 Abs. 1 BGB. der Regreßanspruch des Bürgen, der in dem Verhältnis: „Bürge — Hauptschuldner — Rückbürge“ die Hauptschuld darstellt, auf den Rückbürgen über, der nun seinerseits wiederum beim Hauptschuldner Befriedigung suchen kann. Dieser Forderungsübergang bei Leistung des Rückbürgen an den Bürgen ist in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannt [64]).

2. Wie ist nun die Rechtslage, wenn nicht der Bürge, sondern der Rückbürge den Gläubiger befriedigt? Das Reichsgericht hat in seiner in RGZ. 146/69 angeführten Entscheidung diese Frage ange-

63) Crome, System des Bürgerlichen Rechts, II. Band, S. 883.
64) Staud. a.a.O. S. 774 Anm. 7 b; Planck a.a.O. § 774 Anm. 8; RGRK. § 774 Anm. 5; RGZ. 146/69.

deutet, ohne sie jedoch zu beantworten, und nur auf Planck's Erläuterungen zu § 774 BGB.[65]) hingewiesen.

Leistet der Rückbürge unmittelbar an den Gläubiger, so bestehen drei Möglichkeiten:

Der Rückbürge leistet,

a) weil er dem Hauptschuldner gegenüber dazu verpflichtet ist;

b) ohne Verpflichtung, um die Forderung zum Erlöschen zu bringen, oder

c) um sie zu erwerben.

Der Rückbürge handelt in allen diesen Fällen nicht in seiner Eigenschaft als Rückbürge, sondern als irgend ein beliebiger Dritter.

Zu a): Bewirkt der Rückbürge die Leistung an den Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 267 BGB. wie ein Dritter als Beauftragter oder Geschäftsführer ohne Auftrag und erlischt dadurch das Schuldverhältnis (§ 362 BGB.), so richtet sich der Ersatzanspruch des Rückbürgen gegen den Hauptschuldner nach dem Inhalt seines Rechtsverhältnisses zum Hauptschuldner, etwa nach §§ 670, 683 BGB.

Zu b): Besteht zwischen dem Rückbürgen und dem Hauptschuldner kein Rechtsverhältnis, so bieten bei einer Leistung nach §§ 267, 362 BGB. allein die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung dem Rückbürgen die Möglichkeit, sich beim Hauptschuldner schadlos zu halten.

Mit der Leistung des Rückbürgen an den Gläubiger erlischt dessen Forderung gegen den Hauptschuldner, der Hauptschuldner ist von seiner Forderung befreit. Diese Schuldbefreiung hat der Hauptschuldner auf Kosten des leistenden Rückbürgen, der zu dieser Leistung nicht verpflichtet war, somit ohne rechtlichen Grund, erlangt und ist daher zur Herausgabe verpflichtet, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Vermögensverschiebung unmittelbar zwischen dem Rückbürgen und dem Hauptschuldner eingetreten ist, da der Rückbürge mit seiner Leistung die Schuld des Hauptschuldners tilgen wollte und auch getilgt hat; diese Schuldbefreiung bewirkt dann den Bereicherungsanspruch[66]). Da in diesem Falle die Bereicherung — die Schuldbefreiung — nicht in Natur zurückgegeben werden kann, so ist sie ihrem Wert nach, also hier im Umfang und Art der getilgten Schuld zu ersetzen, § 818 Abs. 2 BGB.

Zu c): Erfolgt die Leistung des Rückbürgen, um die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zu erwerben, so handelt es sich um einen gewöhnlichen Forderungskauf, bei dem der Gläubiger die ihm gegen den Hauptschuldner zustehende Forderung für die Leistung des Rückbürgen diesem nach den Bestimmungen der §§ 398 ff. BGB. überträgt. Der Anspruch des Rückbürgen gegen

65) Planck a.a.O. § 774 Anm. 8.
66) Gruch. Bd. 51 Nr. 77; Seuff. A. Bd. 61 Nr. 204; Bd. 72 Nr. 144.

den Hauptschuldner gründet sich dann auf den vertraglichen Forderungsübergang.

Bei der Leistung des Rückbürgen unmittelbar an den Gläubiger gibt es somit keine stets gleiche Rechtsgrundlage für den Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner, sondern es kommt immer auf den der Leistung zugrunde liegenden rechtlich beachtlichen Willen des Rückbürgen an. Es kann daher sein, daß überhaupt kein Rückforderungsanspruch gegen den Hauptschuldner besteht, so, wenn die Leistung des Rückbürgen eine Schenkung an den Hauptschuldner darstellen soll und als solche von diesem angenommen wird.

III. bei der Schadlosbürgschaft.

Den Schadlosbürgen unterscheidet nur die durch Vertrag in besonderem Maße eingeschränkte Haftung von dem gewöhnlichen Bürgen. Leistet der Schadlosbürge, dann geht in unmittelbarer Anwendung des § 774 Abs. 1 BGB. die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner in Höhe des durch den Schadlosbürgen geleisteten Ausfalls auf diesen über, wodurch ein Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner entsteht. Die Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Hauptschuldners dürfte jedoch eine rein theoretische sein, da schon der Gläubiger durch seine außerordentlichen Vollstreckungsmaßnahmen die Befriedigungsmittel des Hauptschuldners restlos erschöpft hat.

§ 10. Die Beendigung der Bürgschaften.

Wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft, so gibt es auch für die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft eine Reihe von Möglichkeiten für die Beendigung dieser Schuldverhältnisse.

1. Vor allem erlöschen diese Schuldverhältnisse zugleich mit dem Untergang der Hauptschuld; dies ist nach dem akzessorischen Charakter auch dieser Bürgschaftsarten selbstverständlich.

2. Weiterhin erlöschen im allgemeinen bei einer Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft in einer Person die einzelnen Bürgschaftsverhältnisse. Es ist hier jedoch zu unterscheiden, in wessen Person diese Vereinigung zustandekommt.

Wird der Gläubiger Erbe des Hauptschuldners, dann erlischt zugleich mit der Hauptschuld die Bürgschaftsschuld, also auch die Nach- und Rückbürgschaftsschuld.

Beerbt der Gläubiger den Bürgen oder umgekehrt, dann erlischt die Bürgschaftsverpflichtung. Beerbt der Nachbürge den Gläubiger, so erlischt zwar seine eigene Nachbürgschaftsverpflichtung, aber die Hauptschuld und die Vorbürgschaftsverpflichtung bleiben im vollen Umfang bestehen, wechseln nur den Gläubiger. Wird der Rückbürge Erbe des Bürgen, so erlischt ebenfalls seine Rück-

bürgschaftsverpflichtung, während die Bürgschaftsverpflichtung gegenüber dem Gläubiger als Nachlaßverbindlichkeit mit unter Umständen beschränkter Erbenhaftung bestehen bleibt, der Rückbürge schuldet nunmehr als Nachlaßschuldner eine andere Leistung.

Beerbt der Bürge den Hauptschuldner, dann bleibt die Bürgschaft bestehen, weil die für die Bürgschaft bestellten Sicherheiten bestehen bleiben sollen [67]). Dies ist insofern besonders wichtig, als damit auch eine Nachbürgschaft bestehen bleibt. Eine derartige Regelung bedeutet für den Gläubiger aber noch eine weitere Vergünstigung insofern, als die Hauptschuld bei dem beerbenden Bürgen zur Nachlaßverbindlichkeit geworden ist und damit unter die unter Umständen beschränkte Erbenhaftung fällt, während der Bürge für seine Bürgschaftsverpflichtung uneingeschränkt weiter haftet [68]).

3. Ist die Bürgschaft für eine bestimmte Zeit abgeschlossen, so endigt sie durch Zeitablauf; ebenso ist es, wenn dem Bürgen ein Kündigungsrecht eingeräumt ist und er die Kündigung ausgesprochen hat.

4. Nach § 776 Abs. 1 BGB. wird, wenn ein Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen den Mitbürgen aufgibt, ein Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 BGB. hätte Ersatz erlangen können.

Diese Vorschrift ist auf die besonderen Arten der Bürgschaft ebenfalls entsprechend anzuwenden. Dabei ist es selbstverständlich, daß ein Nachbürge in dem Maße frei wird, als auch der Vorbürge nach § 776 BGB. Befreiung erlangt. Diese Haftungsbefreiung erlangt der Nachbürge allerdings nicht durch § 776 BGB., sondern dadurch, daß er gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB. nur in Höhe des jeweiligen Bestandes der Hauptverbindlichkeit, hier der Vorbürgschaft, haftet. Sind aber auch für die Vorbürgschaftsschuld besondere Sicherungsrechte bestellt und gibt diese der Gläubiger auf, dann wird der Nachbürge auf Grund des § 776 BGB. von seiner Verpflichtung insoweit frei, als er gemäß § 774 BGB. aus diesen Rechten hätte Befriedigung erlangen können.

Ebenso verhält es sich bei der Rückbürgschaft, wenn der Bürge Sicherheiten, die für seine Regreßforderung gegen den Hauptschuldner bestellt waren, aufgibt.

Bei der Schadlosbürgschaft gründet sich das Freiwerden des Schadlosbürgen von seiner Verpflichtung bei Aufgabe von Sicherungsrechten durch den Gläubiger nicht erst auf § 776 BGB., sondern schon auf die Verletzung der Vertragsrechte durch den Gläu-

67) Vergl. § 1465 Sächs. BGB.: Gewährt die Bürgschaft dem Gläubiger Vorteile, welche die Hauptforderung nicht mit sich bringt, so erlöscht sie nicht dadurch, daß der Bürge Erbe des Hauptschuldners oder der Letztere Erbe des Bürgen wird.

68) RGZ. 76/57.

biger. Der Gläubiger ist dem Schadlosbürgen gegenüber zu besonderer Sorgfalt bei der Verwirklichung seines Anspruches gegenüber dem Hauptschuldner verpflichtet. Verletzt er diese Sorgfaltspflicht vorsätzlich durch die Freigabe von Sicherheiten, die den etwaigen Ausfall gedeckt hätten, dann wird der Schadlosbürge insoweit frei [69]).

§ 11. Schlußbemerkung.

Diese Ausführungen zeigen, daß die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft echte Bürgschaften im Sinne der §§ 765 ff. BGB. sind und daß diese Bestimmungen im allgemeinen entsprechende Anwendung finden können. Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, daß sich teilweise, so besonders bei der Nach- und Schadlosbürgschaft, erhebliche Schwierigkeiten auf Grund der besonderen Eigenarten dieser Schuldverhältnisse ergeben, die zum Teil zwar nach herrschender Ansicht als erledigt angesehen werden können, aber doch wohl rein konstruktiv noch nicht die richtige Lösung gefunden haben. So kann man im Gegensatz zu den Ausführungen der Motive [70]), daß die Nach-, Rück- und Schadlosbürgschaft in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen worden sind, weil es nur Definitionen und Verweisungen auf die Vorschriften über die Bürgschaft geworden wären, zu dem Schluß kommen, daß im Falle der Nachbürgschaft die Rückgriffsmöglichkeiten bei Leistung durch den Nachbürgen und im Falle der Schadlosbürgschaft die besonderen Einschränkungen der Haftung und die daraus sich ergebenden, durch den Gläubiger nachzuweisenden besonderen Klagetatbestände wohl einer Regelung bedürften, um für die Zukunft, für die ein Anwachsen des Personalkredites angestrebt ist, Streitfragen für immer aus dem Wege zu räumen.

69) RGZ. 87/328.
70) Mot. II a.a.O. S. 672 und 676.